

中止犯——中止未遂の法的性格についての一試論

山 内 義 廣

1. 問題の所在

未遂犯は、刑法の犯罪論の体系では傍論に属するのであるが、それだけに独自の困難な問題を包含している。過去、未遂犯の犯罪構造やその取り扱いについては、激しい議論が重ねられ、いまだに結論のくだせないやっかいな問題を残している。ケムジースの言葉をかりるならば「まことに世話のやける子供」である。特に、中止未遂の取り扱いについては、諸国の立法例は様々な型態をとり、これを未遂犯の概念の中に包含する立場（英米法的類型——つまり、任意な意思によって犯罪行為を中止したとしても、その行為がすでに法の規定する未遂として有罪になるほど進行していた場合には、もはや有罪の責をまぬがれないとするもの）、まったく反対に、これを未遂犯の概念の中に包含しない立場（フランス法的類型——つまり、任意な意思によって犯罪行為を中止した場合、中止以前の行為を未遂犯として扱わず不処罰にするもの）、さらに、これらの折衷的立場（ドイツ・スイス法的類型——つまり、任意な意思によって犯罪行為を中止した場合、中止以前の行為を未遂犯として認め、処罰の点で不処罰にするもの）とがある。我が国の中止未遂の取り扱いは、ドイツ・スイス法的類型に属するが、その法的性格については必ずしも同じように取り扱うことができず、¹⁾この点、我が国でも議論の沸出するところである。

我が刑法第43条は「犯罪ノ実行ニ着手シ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕ス

ルコトヲ得但自己ノ意思ニ因リテ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除ス」²⁾と規定する。この規定は我が現行刑法典における未遂犯処罰の唯一の規定である。法が明言しているように、障害未遂については裁量的減輕、中止未遂については必要的減輕又は免除を規定し、立法者は両者の取り扱いを法的効果の面で差別した。なぜこのように中止未遂だけが科刑上寛大な取り扱いを受けるのか。それは、中止未遂の任意性の問題にも関連することではあるが、さしあたっては、中止未遂の性格を法律上どのように位置づけるかの問題である。

立法者は、障害未遂と中止未遂の取り扱いについて法的効果の面で、非常に大きな差をもうけた。それだけに、具体的事件における法適用の場面で、障害未遂であるか、中止未遂であるかの裁判官の判定は、それが誤ちに基づく場合には、行為者の人権を傷つけるばかりでなく、司法制度全体の信用問題にかかわる重大な問題を引き起こすことになる。³⁾このような意識を根底に置きつつ、本稿は、障害未遂と中止未遂の区別の標準を考慮しなければならないが、その作業の前提として、主として、我が国における中止未遂の法的性格についての諸説を比較検討することによって、その性格を明らかにすることを目的とするものである。

注 1) ドイツ刑法第46条では、中止未遂の取り扱いについて不処罰にしているが、我が国の刑法第43条但書では、必要的減輕又は免除としている。したがって、ドイツにおける不処罰理由を、そのまま、我が国で用いることはできない。諸国の立法例について詳しくは、香川達夫・中止未遂の法的性格・(1963年)・5頁以下参照。

2) 改正刑法草案では、その第23条3項で未遂犯について裁量的減輕を規定し、第24条で中止未遂の要件及び必要的減輕又は免除を規定する。これらの規定は、実質的には現行刑法第43条とほぼ同じ趣旨であるが、第24条2項は、特に、準中止未遂として「行為者が結果の発生を防止するに足る努力をしたとき」は「結果の発生しなかったことが他の事情による場合であっても」中止未遂と同様に刑の必要的減輕又は免除をすると規定する。新設規定である。詳しくは法曹会・改正刑法草案(1972年)・115頁-116頁。内藤 謙，平場安治・平野龍一

編・刑法改正の研究Ⅰ・概論・総則（1972年）所収・225頁以下。

- 3) 適切な例であるか疑問だが、強姦罪に関する類似の事件で、一方には中止未遂の任意性を認め、他方には認めなかった。1955年4月14日ライヒ裁判所の判例・Neue juristisch Wochenschrift 1955. S.915. f.f. と1956年2月28日ライヒ裁判所の判例・Neue juristisch Wochenschrift 1956. S.718. f.f. B.G.H.9. 48. f.f. の判例がある。詳しくは香川達夫・前掲書・201頁以下参照。このような結果の相違は、裁判官の中止未遂における任意性の判断の相違である。それだけに裁判官は、任意性の判断について厳格に、かつ、誤りのない、納得のいく判断をしなければならない。

2. 所説の検討

中止未遂がなぜ通常の未遂と異なり不処罰になるかについて学説は、その根拠を法律的構成から離れて刑事政策的な見地に求める刑事政策説と犯罪の成立要件内でその根拠を見い出そうとする法律説に大別される。法律説は、一般に前期法律説と後期法律説に区別せられる。前期法律説は、客観主義的範疇での考慮によって、その根拠を見い出そうとしたルーデンの無効説（Nullitätstheorie）及びヘルツオークの推定説（Präsumptionstheorie）と主観主義的構成の範疇での考慮によって、その根拠を見い出そうとしたツアハリエの取消説（Annullationstheorie）及びシュワルツェの不確実説（Infirmitätstheorie）¹⁾とに分けられる。これらの学説は、いずれも、中止行為及び中止意思が、中止以前に存した犯罪行為又は犯罪意思を否定的に解することにより、行為者の反社会的性質が消滅すると解し、免除という法律的效果を附与しようと考えた。したがって、前期法律説は、事実を回顧的に処理した点に誤りがあると指摘された。そして、その後、それにかわって、この指摘を克服するために、あるがままの事実は事実として認めた上で中止未遂の法的性格を考えようとした刑事政策説が登場した。この刑事政策説は、犯罪成立と処罰を別々に考え、中止未遂の法的根拠を犯罪構成理論の枠外において処理しようとしたので、この点に欠

陥があると指摘された。その後、この欠陥を克服するために、中止未遂の法的性格を犯罪構成論の枠内で考察しようとする後期法律説が登場した。基本的には、後期法律説は中止未遂の法的性格を、違法性の消滅又は減少に求める違法性消滅・減少説と責任の消滅又は減少に求める責任消滅・減少説とに分けられる。実際には、学説は、1つの立場のみで一貫して説明するものは少なく、いくつかの立場を併用して説明しているのが現状である。

中止未遂の法的性格を把握するについて、いずれの学説によるかは、ドイツの法制と我が国の法制との違いを念頭において、諸説の調節を試みなければならない。

注 1) これらの学説は、現在では、ドイツでは当然のことながら我が国においてもほとんど意味をなさない。小野清一郎・刑法総則草案と中止犯・刑罰の本質について・その他(1955年)所収・278頁。これらの学説について詳しくは香川達夫・前掲書・41頁－42頁、49頁－50頁、60頁－64頁。

(1) 刑事政策説の検討

刑事政策説は、リストの「後退のための黄金の橋」(eine goldene Brücke zum Rückzuge)¹⁾という言葉によって代表せられる。この説は、過去の事実をあるがままの事実としてとらえ、犯罪を任意に中止した者に対して、国家が中止以前に存在した犯罪行為を不処罰として恩典を与え、犯罪の中止を奨励するという思想に基づくものである。そして、任意な中止が特別な処遇を受けるのは、合理的かつ緻密な理論による結果ではなく、国家が犯罪予防という一つの目標にむかって、功利的かつ打算的になした結果であるとする。この場合、中止の意思は、犯罪不成立のための事由ではなく、中止した者だけが特別な処遇をうける人的処罰阻却事由ないしは人的刑罰消滅事由²⁾だとする。ドイツにおける通説的見解である。³⁾

刑事政策説は、前期法律説がすでに存在した犯罪行為及び犯罪意思を否定して、事を回顧的に処理したのに対し、既存の犯罪行為及び犯罪意思を、既存のまま認め、中止した時点から、事を展望的に処理していった点において、前期法律説よりも優れているとされる。⁴⁾

ドイツにおいて、刑事政策説が前期法律説を凌駕して発展した前には、いくつかの論争があった。オーゼンブリュグゲン⁵⁾は、自己のよって立つ刑事政策的見地より、ツアハリエの見解に対して「事実は峻厳である」と批判し、既存の犯罪事実又は犯罪意思を否定せずに将来にわたり事を展望的に処理していった。この点において、彼の所説の意義を認めなければならない。このオーゼンブリュグゲンの見解をさらに発展させたのがシュポールである。シュポールは、オーゼンブリュグゲンの「事実は峻厳である」という批判命題から出発し、中止未遂はなぜ刑罰が科せられないのかという目的論的解釈と実定法そのものの解釈（ドイツ刑法第43条と第46条の関係の解釈）から中止未遂の法的性格をとらえようとした。すなわち、目的論的解釈によれば、刑罰は、国家の法秩序を維持する目的によって科せられるものである。したがって、犯罪行為の中止によって、法秩序の維持が保障されるのであれば、それに対して、もはや国家刑罰権の発動を考える必要はない。なぜなら、刑罰権の行使は、絶対的ではなく、相対的かつ流動的に考えるべきだからである。又、実定法の解釈からするとドイツ刑法は、中止未遂も刑法第43条で未遂犯として扱い、それが第46条の要件を具備してはじめて不処罰になる。したがって、第46条の要件を具備した行為は、もはや刑罰を加える対象とはならず、それゆえ、刑罰が免除されるのであるとする。⁶⁾

このシュポールの目的論的解釈による不処罰の理由づけは、中止未遂の法的性格を、刑事政策的考慮によって不処罰にするという、積極的理由づけにはなり得る。しかし、実定法上からの理由づけは、必ずしも積極的な理由づけにはならない。なぜならば、第43条と第46条との関係は、それぞ

れ独立した規定か、又は、第46条が第43条の補充的規定か、必ずしも明らかではないからである。

前期法律説への批判の結果、ドイツでは確固たる地位を確立した刑事政策説は、中止の意思が、国家の要求する合規範的意思に一致するため、中止以前に有していた行為者の反規範的意思は消滅し、それによって、もはや法秩序に対する危険性は消滅したと解し、よって、不処罰にしようとするものである。したがって、それは、刑法上の中止未遂不処罰の意義を知っている者にだけに適合するのであって、それを知らない一般人には、適合しないという批判が可能である。⁷⁾

ところで、我が法制の下では、中止未遂の法的性格を把握するについて、刑事政策説は、どのように評価されるだろうか。我が刑法第43条但書は、中止未遂について、ドイツ刑法第46条のように不処罰とせず、「必要的減輕又ハ免除」と規定しているのみである。したがって、ドイツでは刑事政策説が通説的見解になり得たとしても、我が国ではなり得ない。小数説でしかあり得ない。⁸⁾ しかも、刑事政策的立場をとったとしても、刑事政策説のみを主張される者は少なく、なんらかの意味で法律説を加味しているのが現状である。

刑事政策説を主張されるのは、木村博士である。博士は、以前には、中止未遂不処罰の根拠は「犯人の危険性の消滅の中に求めるべきである」とされ、⁹⁾ 特別予防的観点から考慮されていたが、その後、それを全面的に、一般予防的観点からの考慮に変更された。すなわち、「刑法第43条但書は必要的減輕・免除を規定している。このように、中止未遂に対して処分を緩和する理由は、刑事政策的見地から、行為者に対して、『退却のための黄金の橋』(eine goldene Brücke Zum Rückzug)を構築しようとするに出でたものである。」とされた。¹⁰⁾ 以前の博士の見解は、一般予防的観点に立つリストの見解は必ずしも合理的でない指摘し、自ら犯人の危険性の減少・消滅にその根拠を見い出した。そして、危険性の程度を考慮して、「任

意の中止によって危険性が完全に消滅すると解せられる場合には、刑の免除をなすべく、また、任意の中止によって具体的行為における危険性がひとまず消滅¹¹⁾と考えられるに止まる場合には、刑の減軽がなされるべきである¹²⁾とされた。小野博士は、牧野説と宮本説¹²⁾とを支持し、一般予防的見地ならびに特別予防的見地から総合的にとらえた。つまり、「特別予防的に方針づけられた政策的理由は、特に、我が刑法における中止犯の立法理由として妥当性を有すると考える。但し、刑法は、決して、一般予防又は特別予防の一方のみによって理解され得るものではない。私は、我が刑法における中止犯は、前述の一般予防的および特別予防的な政策理由とともに認めるものである¹³⁾」とした。

これらの刑事政策説に対しては、まず第一に、先きのマイヤーの批判と同じ批判、つまり、中止未遂の規定を知っている者には黄金の橋としての意味があるが、知らない者には、意味がないという批判がなされる¹⁴⁾。第二に、ドイツ刑法は、全面的に不処罰であるが、我が刑法では^{必要}的^減軽^又は^免除との二段構えをとっている。したがって、全面的な根拠になりえない。ましてや、具体的事件において、裁判官が免除にするか、減軽にするかを判断する場合に、その判断基準が見い出せない¹⁵⁾。

思うに、我が刑法が中止未遂について減軽又は免除と二つの異った取り扱いをしているため、一般予防的見地から中止未遂の法的性格を根拠づけるのは困難であるといわねばならない。もっとも、木村説のように特別予防的観点から中止未遂の法的性格をとらえ、危険性の流動的性質及び危険性の段階性を前提にして、「免除をもって危険性の完全消滅」とし、「減軽をもって具体的行為における危険性がひとまず消滅したもの」と考えるのは、すっきりして、説得性をもつように思われる。が、しかし、危険性が完全に消滅してしまえば、犯罪自体が不成立となり、刑事政策説が犯罪成立を前提にして考えている前提そのものがくずれてくる。しかも、刑事訴訟法第334条が免除をもって有罪としていることから、実定法の解釈に

矛盾が生ずることになる。¹⁶⁾ 又、小野説のように、一般予防的見地と特別予防的見地からその理由を認めるとしても、やはり、刑の減輕や免除の区別の基準を見い出すのに困難である。まさに、団藤博士が「刑の免除にするか、減輕にするか、また、どの程度に減輕するか¹⁷⁾の裁量にあたって、政策説の立場からは標準を見い出せない」とする由縁である。

以上、刑事政策説に対しては、かなり、批判的に考察してきた。しかし、それにしても、中止未遂の減輕・免除の理由づけを犯罪構造の枠内で処理出来ない何かがあるとすれば、その意味では、全面的に刑事政策説を否定できないのではないか。

注 1) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts・26. Aufl (1932年)・S.315.

2) Hellmuth・Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil (1953年)・S.295.
同, Strafrecht Allgemeiner Teil (1967年)・S.145.

3) Mayer, Strafrecht・2・Aufl (1933年)・S.403. Hippel, Deutsche Strafrecht・2. Bd (1930年)・S.411. しかし、現在では、純粹に刑事政策説を主張する者はほとんどないといってよい。リストによって確立された刑事政策説(奨励説)の後に、刑事政策的考慮と同一基盤に立つと思われる恩賞説や刑罰目的説が主張され、これらの説と法律説との加味された主張が支配的となる。^{註4)} 山中敬一・中止犯・現代刑法講座 5巻(1982年)・352頁, 364頁。

4) 中谷瑾子・中止未遂の法的性格・ジュリスト NO.300 (1964年)・296頁, 木村静子・中止犯・日本刑法学会編, 刑法講座 4巻(1963年) 22頁。その他多数。この点については、誰れもが認める。刑事政策説は、一応、犯罪の成立を認めた上で事を展望的に処理するが、前期法律説は、中止行為によってすでに存在した行為そのものを否定し、事を犯罪成立要件内で処理しようと試みる。

5) Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht (1857年)・S.38. 詳しくは、香川達夫・前掲書・42頁以下参照。

6) Ludwig・Spohr, Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen. Heft・215 (1926年)・S.2. f.f.. 香川達夫・前掲書43頁参照。

7) Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts・2・Aufl

- (1923年)・S.370. Anm.7. 香川達夫・前掲書・51頁参照。
- 8) 木村亀二・刑法総論(1959年)369頁。同・増補版(1978年)369頁。中野次雄・刑法総論概要(1979年)120頁。岡田庄作・刑法原論総論(1917年)342頁。植松正・増補・刑法概論Ⅰ総論(1956年)263頁。植松博士は、中止未遂の刑事責任の軽減は「『褒賞的応報』によって実害を未然に防ごうとする政策的理由である」とされる。したがって、本個所でいう刑事政策説には該当しないのではないか。
- 9) 木村亀二・中止未遂の概念(1948年)276頁・277頁。博士は、中止未遂不処罰の理由をコーラーが「行為者の意思が處罰を必要とするに足るだけ強度のものでない」(Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts (1912年) S.62.) 点に求め、フランクが「行為者が中止によって、法律的平和な攪乱を自ら再び取り除いたこと、又は、全部外部に現わしめなかったこと」(Frank, V.D.A. 5. Bd. S.267.) に求め、さらに、ワッヘンフェルトが「法律秩序に対する危険の消滅」(Wechenfeld, Lehrbuch (1914年) S.182.) の中に求めた。これら三者の見解が、不処罰になる理由として、犯人の危険性の消滅という点で一致することを指摘し、同時に、自らによって立つ未遂犯処罰理由としても一致することから、この立場を採用した。この博士の見解に対しては、香川教授の批判がある。香川・前掲書・57頁参照。
- 10) 木村亀二・刑法総論・1959年・369頁。
- 11) 木村亀二・前掲論文・277頁・278頁。この旧説と同様の見地に立たれるのは牧野博士である。牧野英一・障礙未遂と中止未遂・刑法研究第8巻(1939年)276頁。博士は、草野判事の「中止犯について刑の減免乃至行為の不処罰を規定する所以のものは、一面には、中止未遂を奨励しようという政策的理由——リストの所謂、他人に対する復帰への黄金橋——に基づくと同時に、他面、行為者の反社会性の微弱であるという本質的理由に基づくものと解すべきであろう」との主張の中で、減免の理由を「行為者の反社会性の微弱」に求めた。
- 12) 宮本英修・刑法学粹(1931年)375頁。同覆刻版(1985年)375頁。宮本博士は、一般予防的見地に立つ刑事政策説は、我が刑法の減輕又は免除の取り扱いにあてはまらない。なぜならば、中止しようとする者の置かれた「特殊事情」を考慮しなければ、減輕又は免除の考慮はなされないとする。なお、同・刑法大綱(1930年)・覆刻版(1984年)184頁では、中止の動機が、行為者の内部的障礙、例えば悔改、同情などに基づいている場合には「犯人の反規性は通常の未遂罪に比べて微弱である」としている。これらの見解からすると、博士の見解は刑事政策的考慮に基づいているのではなく、むしろ、責任減少的立場を意図しているものと思われる。なぜならば行為者の特殊的事情や中止し

た動機による反規範性の程度を考慮しているからである。

- 13) 小野清一郎・刑法総則草案と中止犯・刑罰の本質について、その他所収（1955年）280頁。
- 14) 木村静子・前掲論文・22頁・宮本英修・刑法大綱・188頁。同・刑法学粹・375頁。香川達夫・前掲書・57頁。この点について、平野・中止犯・日本刑法学会編、刑事法講座2巻（1952年）404頁。板倉宏・中止犯、綜合法学5巻9号（1962年）44頁は、ドイツと日本の事情が違いうにせよ、刑事政策的効果を全面的に否定せず、ただ本来の効果に比較して、それは微弱であるとしている。
- 15) 団藤重光・刑法綱要総論（1957年）270頁。香川達夫・注釈刑法（2）のⅡ（1969年）472頁。
- 16) 西村克彦・未遂犯の構造・ジュリストNO.465（1970年）117頁。香川達夫・前掲書・57頁。
- 17) 団藤重光・前掲書・270頁。

（2）違法性減少（消滅）説の検討

違法性消滅説とは、中止未遂不処罰の根拠を違法性の消滅に求める立場であり、ドイツでは、前期法律説におけるルーデンの無効説とヘルツオークの推定説との発展したものと考えられている。ビンディングや主として犯罪論において、未遂犯の故意をもって主観的違法要素であると主張したヘーグラールなどによって主張された。

ビンディングは、「規範とは、各人の行動が、人間生活に破壊をもたらすような原因を与えるべきでない」と命令するものにほかならず、刑罰法規とは、国家が行為者に刑罰を科するための根拠とされるものである」とし、「犯罪をもって規範の違反であり、刑罰法規の違反ではない」。したがって、逆に、そのような規範の要求に応ずれば、犯罪の成立は否定される。中止未遂の場合に、行為を中止しなければ規範に違反し、刑罰法規によって刑罰が科せられるが、中止した場合には、結果的には、規範に従順したことになる。よって、行為を全体的に考察した場合は、中止以前に存在した行為者の犯罪行為の違法性は、中止によって消滅し、その結果、刑罰法規による制裁はないと考えなければならないとした。¹⁾ すなわち、ビンディ

ングは、中止行為をもって犯罪の解除条件とする。²⁾これに対して、ケムジースは、「違法性の存否が客観的に決定されるべきものであるならば、中止犯が違法性消滅に基づくと説明するためには、中止によって行為が客観的に『無力化』(paralyoieren) されれば十分であり、中止が任意になされたか否かという主観的事情は問題にならないはずである。それにもかかわらず、法律は、これを要求している点を違法性消滅説はどう説明するのか」と批判する。³⁾このケムジースの批判に対して、ヘーグラールは、未遂犯における決意をもって行為の違法性を決定するのは主観的違法要素であると解し、その反対に、中止の決意は、犯罪実行の決意の事後的放棄による違法消滅事由であるとし、「中止未遂が処罰されないのは、いわゆる刑事政策的理由にあるのではなく、犯罪をおこなおうとする決意が、その効果を奏するに先立って、反対決意がたてられ、その結果、全体が違法性、したがって、反社会性を主観的に制限する性格を失う点にある」⁴⁾とする。

このようなドイツにおける議論を背景に、我が国における違法性減少(消滅)説による理由づけを検討するについては、我が国の中止未遂に対する立法上の取り扱いと実定法上の解釈、つまり、刑事訴訟法第334条が免除をもって有罪としていることを念頭に入れて考えねばならない。してみると、少なくとも違法性消滅説は、我が国の法制の下では採用することが出来ない。

我が国において、違法性の点で、中止未遂の法的性格をとらえようとする見解は、違法性減少説によって理由づけられる。しかし、現状は、必ずしも違法性減少説のみで一貫して理由づける者は少なく、先きの刑事政策的考慮や責任減少説などを加味して、二元的に併用したり、あるいは三元的に併用して総合的にとらえようとしている。

平野博士は、従来の違法性の概念を基礎に、責任判断は行為者に対する持続的人格評価で流動的評価方法に親しみやすいが、違法性の評価も一つの評価である以上、責任判断と同じように考えることは可能である。現行

刑法が、中止未遂の要件として「悔悟」を必要としていないので責任減少と解することは困難であるが、違法性消滅説は採用できる。しかし、刑事訴訟法第334条が免除をもって有罪としていることから完全に違法性が消滅してしまえば犯罪自体が不成立となり、実定法の解釈からして矛盾がある。したがって、違法性減少説を採用することになる。ただ、その場合に、一貫して減少説のみで説明することは困難であり、刑事政策説を併用して二元的に説明せざるをえないとする。⁵⁾

平野博士が、実定法上の解釈から、免除の性質と違法性消滅説を調節するために、一貫して違法性減少説で考える立場を放棄したのに対し、平場教授は、刑の免除の性質をもって、ある場合は違法性あるいは責任性を阻却・減輕する事由であり犯罪を不成立ならしめるものであり、本質的には無罪の場合と差異がないとし、⁶⁾ 実行の着手によって生じた行為の危険性の客観化の前後により、「未だ客観化されない以前において中止された場合は、主観的違法要素の消滅による計画の危険性の喪失に根拠を求めべきである」として、⁷⁾ 一貫して違法性減少一元説で説明される。さらに、西原教授によれば、中止未遂の必要的減輕・免除の理由は、中止によって「反規範的意思を撤回し、合規範的意思を外界に表動させたことによる違法性の減少」にあるとし、現行法の解釈上、免除をもって有罪とすることから違法性減少説を採用する。そして、その場合に、「高度の違法性の減少」の場合には免除、そうでない場合には減輕と考え、違法性減少説で一貫される。⁸⁾

このような違法性減少説に対しては、つぎのような批判が可能である。まず第一に、違法性の評価に流動性を認め、その軽重によって減輕・免除を決定することは、違法性も一つの評価であることから正当ではあるが、その判断の具体的基準をどこに置いたらよいか困難である。又、中止の前後によって評価された違法性は、それぞれ別個のものであって、それらは互いに影響しないとすれば、存在したものを不存在とみなすことになり、

解釈に苦しむ。第二に、未遂犯の故意をもって主観的違法要素とする立場に対しては、すでに存在した主観的違法要素は、中止の意思という後に生じた主観的違法消滅要素によって否定されるものでもなく、又、それによってこれまでの行為の違法評価が影響を受けるというのは正しくない。⁹⁾第三に、共犯と中止犯の関係で説明に苦しむ。つまり、共犯制限従属性説に立つかぎり、正犯の中止は共犯者の行為の違法性を否定することになり、中止未遂の一身専属的性格を説明することが困難になる。¹⁰⁾

以上のことから、中止未遂の法的性格は、責任の段階で把握すべきことになろう。

注 1) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd・1・3・Aufl (1916年) S.117. 香川達夫・前掲書・66頁以下参照。行為者の反規範的意思が、中止によって規範の要求する合規範的意思と一致し、それゆえ、違法性が消滅すると考える。

2) これについては、Binding, Das bedingte Verbrechen, GS68, S. 23. 香川達夫・前掲書・68頁参照。山中敬一・前掲論文・357頁。このビンディングの全体的考察という方法について香川教授は疑問をもたれ、犯罪行為の継続を止めさえすれば違法性は阻却され不処罰になるというのは、中止未遂と障礙未遂を区別する必要がなくなる。つまり、中止未遂が「任意性」を必要とする意味がなくなると主張される。私も同感である。詳しくは、前掲書・69頁・70頁。

3) Kemsies, Die tätige Reue als Schuldauflösungsgrund, (1929年) S.21. 木村静子・前掲論文・23頁引用。この点については、注2)の香川教授の批判がそのままあてはまる。

4) Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff-Frank-Festgabe, Bd・1・S.329. Anm・2. 香川達夫・前掲書・72頁引用。同旨・木村静子・前掲論文・23頁。

5) 平野龍一・中止犯・日本刑法学会編、刑事法講座2巻(1952年)405頁・406頁。平野説についての詳しい批判として、山中敬一・前掲論文・348頁。平野龍一・刑法総論Ⅱ(1975年)333頁では、刑法第228条の2と中止犯は同じ趣旨であると考え、「違法性減少説は、厳格には違いがあるにせよ、政策説を理論化したものである」としている。しかし、一方では、違法性は、犯罪成立要件であり、その評価は、犯

罪論の枠内で処理されなければならないのに、なぜ、そのように考えるのか疑問である。同趣旨・山中敬一・前掲論文・350頁。

- 6) 平場安治・刑法総論講義(1952年)208頁。
- 7) 平場安治・前掲書・140頁以下。香川達夫・前掲書83頁参照。この点について、香川教授は、危険性の客観化の前後によって、減輕・免除の危険性の程度を区別しようとするその基準が明らかでないと批判する。私はこの基準については、ある程度、事例分析をすることによって見い出すことが可能だとしても、平場教授が実定法上、有罪として扱われている免除を無罪と同様に考える前提には理解しがたい。
- 8) 西原春夫・刑法総論・(1977年)287頁。この場合にも「高度の違法性」の程度をはかる基準は、なんであるか、明らかにしなければならない。その点、不明瞭である。
- 9) 木村静子、前掲論文・25頁。香川達夫・注釈刑法(2)のⅡ，472頁－473頁。野村稔・未遂犯の研究(1984年)440頁－442頁。山中敬一・前掲論文・348頁・368頁。
- 10) 香川・注釈刑法(2)のⅡ・473頁。曾根威彦・中止未遂の法的性格・現代刑法論争Ⅰ所収(1983年)・303頁－304頁。川端博・同・297頁。

(3) 責任減少(消滅)説の検討

責任減少・消滅説は、一度成立した犯罪行為に対する違法性の評価は変わらないが、任意の中止による意思によって、行為者に対する非難性が減少又は消滅するとする立場である。古くは、ドイツでは、ザウアーやケムジースらによって主張された。

ザウアーは「中止行為によって表現された悔悟は、最初は、責任判断の対象であった事実(行為者の内心)と同性質の事後の事実であり、この事後の事実に対する価値判断によって、はじめの責任が消滅させられる¹⁾」とし、悔悟の意思と犯罪行為を追行しようとした意思とを責任評価の上で同等に置き、悔悟の意思は非難されるべき意思を消滅させてしまうとする。ケムジースは、このザウアーの見解を発展させ、故意に過失をもって責任の要素であるとする心理学的責任論は誤りだと指摘し、規範的責任論の立場に立って、中止未遂不処罰の根拠を責任消滅に求めた。すなわち、「心理学的責任論のいうように、もし責任が心理状態、意思過程そのものとするな

らば、悪意も一つの事実であり、中止によって責任が消滅するという説は、一たん成立した事実を後に変更または否定することはできないというかつての非難²⁾に再びさらされることになる。したがって、中止によって故意が消滅したと考えるべきではない。意思決定という歴史的事実は否定されえない。」とし、あくまで客観的に存在したものは、中止の意思によって取り消されないという前提にたって、「責任を一つの評価と考えれば、行為者の意思に対する法的判断は、後に変更することも取り消すこともできる。そして、法は、自己の意思で中止することを要件とすることによって、まさしく、行為者の主観面を目的としており、したがって、責任に結びつけて行為者の意欲に対して法的判断を下そうとしていると考えるのが正しいとみる³⁾」とする。

我が国における責任減少・消滅に関する学説の現状はどのようなものであろうか。ここでも、我々は、中止未遂の法的性格を違法性の消滅に求めた違法性消滅説が現行刑法第43条但書の関係から、その根拠とする説を調節しなければならなかったと同様の困難な問題にぶつかるのである。つまり、責任評価の流動性を前提にして、責任消滅で刑の減刑・免除を説明できるか、もし出来るとするならば、現行刑事訴訟法第334条の免除が有罪となっていることをどのように説明するか。もし、それが出来ないのであれば責任減少で説明せざるを得ないのではないかという問題である。そして、さらに、責任減少で説明する場合に、一貫して責任減少の法律説のみで考えるか、あるいは、それに刑事政策説を併用するか、あるいは、それに違法性減少説と刑事政策説を併用して総合的にとらえていくかという問題である。第一の問題点については、違法性消滅説が我が法制の下では採用することの出来ない理由がそのままあてはまる。つまり、刑事訴訟法第334条が免除をもって有罪判決としていることから、責任消滅説では、犯罪が成立しないことになり免除の説明が出来ない。したがって、責任消滅説は採用できず、責任減少説で吟味せざるをえない。

中止未遂の法的根拠を責任減少に求める見解は、違法性の存在を前提にして、中止行為における中止の意思の法的意味を種々に分析する。例えば、宮本博士によれば「行為者の性情が内部的障害（悔改・慚愧・恐懼・同情・憐愍・その他これに類する感情）として作用したことによる中止の場合には、それらの性情は、結局、自己の犯罪の実行の着手を不可なりとする感情、即ち、自己の行為の価値を否定する意識（規範意識）である」⁴⁾としたり、内田教授によれば「自発的な意思による犯罪完成阻止」⁵⁾意思、木村（静）教授によれば「犯罪実行の途中に見られる完成への欲望と阻止への義務意識（いかなる動機からであれ）」⁶⁾、また、団藤博士によれば「中止行為に示された行為者の人格態度」⁷⁾、香川教授によれば「法的義務にふたたび合致しようとする意欲」⁸⁾としてとらえられている。これらの意思の把握に多少のニアンスの違いがあるとすれば、それは、それぞれの見解がよって立つ責任論のとらえ方の相違によるものである。

ここで、責任減少説の採用を前提にして、第二の問題点を吟味しよう。

香川教授は、違法消滅説に対すると同じように、責任消滅説に対しても我が刑法第43条但書が「減輕又ハ免除」を規定していることからその調節が必要であると主張する。そして、その調節の後に「責任判断が単にその有無だけでなく、その程度、軽重といった要素、いわば、責任の度合をも包括しうると考えれば、中止行為の態様、すなわち、規範意識の具体化の態様の度合に応じて責任減少説によってもなんら妨げあるものではないというる」⁹⁾とする。そして、責任減少説を採用した場合に——もちろん、免除の場合に、犯罪の成立を前提にする——責任判断の無限の段階性を前提にして「責任減少の段階に相応して刑を軽くするか、あるいは、科さないか、すなわち、刑の免除を認めてもさしつかえないはずである。ただ、前者にあっては、刑が減輕される。責任が軽いからである。後者にあっては、それが免除される。責任が極度に軽いからである」¹⁰⁾として、責任減少説一本で貫ぬかれる。この見解に対して、木村（静）教授は、責任の段階

性を認めつつも、免除の場合をもって責任の極度に減少した場合であることに対して「特別の刑罰阻却事由が存在する場合のほかは刑罰が科せられる。違法あるいは責任が、もはや、刑罰に値しないほど極度に小さい場合には刑が免除されるのではなく、犯罪が成立しないと考えるべきである」とする。そして、減軽又は免除について責任の細分化が必要であれば、それは、もはや刑事政策的考慮によるものではないかと主張される。¹²⁾

確かに、責任判断は流動的であり、それゆえに、段階性を考えることができる。そして、その限りでは、免除の有罪性を十分に説明することはできる。ただ、減軽と免除を区別する段階について、どの程度責任が微細に至った場合が免除であるかという区別の標準を決めることは——もちろん、それは、多数の事例分析によってある程度合理的に判断することは可能であるにしても——実際に困難ではないかと思われる。

中止未遂の法的性格を責任減少に求める見解も一貫して責任減少説のみに基づいて説明するものは少く、¹³⁾ 違法性減少説との併用、あるいは、それに刑事政策説との併用をして、総合的に考える見解が多い。

大塚教授は、我が法制において必要的減軽又は免除の理由について「違法性又は責任の減少に、そのいずれか一方のみと割りきることは実は困難であって、具体的事態に応じて違法性または責任のどちらかの面に重点がおかれることがあるが、一般的には、両者がともに減少するものと解するのが適当である」とし、二説併用を認め、さらに、刑の減免について「刑法43条但書は、刑事政策的顧慮を背景としつつ、行為者じしんの中止にもとづいて、違法性および責任の減少する場合を典型的に規定したもの」であるから、一般予防および特別予防的見地を併せ考慮しなければならない¹⁴⁾ とする。大塚教授が、具体的状況によって、違法性の評価と責任の評価とを使いわけ、どちらかに重点を置くのに対し、川端教授は、つねに、あらゆる場合に両者の評価を併置し、一方だけの評価を重視することを認めない。そして、その場合に、違法性の評価の対象は結果発生防止行為の客

観的側面に、責任の評価の対象は結果発生防止の決意とされ、両者を常に対置しながら併用する。¹⁵⁾ このような併合説に対して、平野博士は、責任判断は違法性が存在していることを前提に考える判断であり、同一条件のもとで違法性判断と責任判断をすることは認められないとしている。¹⁶⁾

確かに、このような批判は、責任消滅の場合であれば、あてはまる。しかし、責任減少の場合であれば、あてはまらない。違法性の評価も責任の判断も流動的であり、しかも、それらは、互いに関連しあってその程度が減少していくことは考えられる。だが、しかし、併用説は、かえって、便宜的しすぎて、中止未遂の法的性格を見失ってしまうのではないかと¹⁷⁾思われる。

以上、それぞれの個所における考察によって、私は、基本的には、責任減少説に依存し、背後で刑事政策的考慮を加味すべきだと思う。

注 1) Sauer, Grundlagen des Strafrechts・S.637. f.f. 木村静子・前掲論文・23頁参照。

2) ツアハリエが、任意な中止意思は、すでに存在している外部行為の存在を否定する。それゆえ、存在した犯罪行為は不処罰になると主張したことに対して、オーゼンブリュグゲンが「事実は峻厳である」と批判したことを意味する。香川達夫・前掲書・42頁以下参照。

3) Kemsies, a.a. O.S.40, 55. 木村静子・前掲論文・23頁・24頁引用。

4) 宮本英修・刑法大綱・184頁。

5) 内田文昭・刑法Ⅰ（総論）（1977年）257頁。

6) 木村静子・前掲論文・25頁。

7) 団藤重光・前掲書・270頁。

8) 香川達夫・注釈刑法(2)のⅡ・474頁。同・中止未遂の法的性格・97頁。

9) 香川達夫・前掲書・106頁。

10) 香川達夫・前掲書・107頁。

11) 香川達夫・前掲書・107頁。

12) 木村静子・前掲論文・27頁注7。同趣旨・中谷瑾子・前掲論文・297頁。中谷教授は、背後に刑事政策的考慮を置きながら、減輕又は免除の判断は、責任の程度を細分化する責任の段階性の問題にすぎないといいきれるかと批判的である。この中谷教授の批判に対して、香川教

- 授は、「刑事政策説との併用は一応理解するものの、なぜ二様にその性格をとらえなければならないか説明に窮する」とする。香川達夫・前掲論文・107頁。
- 13) 香川教授の他に、団藤博士の見解がある。団藤重光・前掲書・271頁。団藤博士は、減軽・免除の取り扱いについては、立法論として、中止の動機の内容に関して、悔悟によるときは、責任の消滅によって免除を、そうでない場合、つまり、真摯な意思による中止行為のあった場合は刑の任意的減軽としている。しかし、現行刑法は中止犯の任意性に悔悟を必要としていないので、十分な説明にはならない。結果的には、減軽・免除の判断の基準についてはなにも示されていないことになる。
- 14) 大塚仁・刑法概説（総論）・（1983年）173頁－174頁。
- 15) 川端博・中止犯の法的性格・現代刑法論争Ⅰ所収（1983年）・300頁。しかし、川端教授の見解は、中止の決意をもって責任評価の対象にするわけだが、未遂犯の故意を主観的違法要素としてとらえる以上、矛盾が生じはしまいか。又、意思と行為は有機的に関連し合っているわけであるから、その点どのように考えるのか疑問である。同意見・野村稔・前掲書・448頁。曾根威彦・中止未遂の法的性格・現代刑法論争Ⅰ所収・299頁。
- 16) 平野龍一・前掲論文・407頁－408頁・注8）。
- 17) この点について、香川教授の指摘がある。つまり「総合的に解することは、なんのために法的性格を把握するのか意味がうしなわれるばかりでなく、中止未遂に関する各個の諸説との関係をどのように調整するのか」と批判的である。香川達夫・注釈刑法(2)のⅡ・473頁、同・刑法講義（総論）・（1980年）273頁。